



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione / F. ZATTI. - In: FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA. - ISSN 2281-2113. - ELETTRONICO. - 8:(2012), pp. 1-18.

Availability:

This version is available at: 2158/770732 since:

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

Riflessioni sull'art. 41 Cost.:
la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale,
utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione

di Filippo Zatti *

(Il presente saggio è destinato agli “*Scritti in onore di Claudio Rossano*”)

1. Considerazioni introduttive

Nella fase finale del Governo Berlusconi IV vengono presentati, anche per iniziativa dello stesso Esecutivo, alcuni disegni di legge di natura costituzionale con l'obiettivo di riformare, tra le altre, alcune rilevanti disposizioni costituzionali della c.d. “costituzione economica”¹. Il Governo, in particolare, presenta due disegni di legge riguardanti, l'uno, la riforma degli artt. 41, 45, 97 e 118.4 della Costituzione² e, l'altro, degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Carta costituzionale³. L'argomento che ha per oggetto il presente saggio, tuttavia, non si riferisce a quest'ultimo disegno di legge che, si segnala all'attenzione del lettore, è già stato approvato da parte del Parlamento⁴ anche su rinnovato auspicio formulato dal Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria⁵.

La scelta è stata piuttosto quella di approfondire il tema della prospettata riforma dell'art. 41 Cost. perché, a parere di chi scrive, (ancora più) emblematica delle trasformazioni in atto nell'ordinamento con riferimento, *latu sensu*, a quelle fondanti e declinanti lo Stato sociale.

¹ Termine qui usato nell'accezione proposta da V. Atripaldi, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, in V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P. F. Lotito (a cura di), *Governi ed Economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, p. 10: “Con essa si vuole identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei ‘valori’ determinati dalla costituzione politica”. Per una rassegna delle varie accezioni possibili di Costituzione economica si rinvia a R. Capunzo, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, p. 17 nota 1.

² V., C. 4144, Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione, presentato alla Camera il 7 marzo 2011.

³ V., C. 4620, Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, presentato alla Camera il 15 settembre 2011.

⁴ Si tratta della Legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012, “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”, pubblicato nella G.U. n. 95 del 23 Aprile 2012.

⁵ Tra i rilievi posti a premessa del Trattato vi è infatti quello dell'osservanza dell'obbligo delle parti contraenti di recepire la “regola del pareggio di bilancio nei loro ordinamenti giuridici nazionali, tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale”; tale regola dovrebbe essere soggetta alla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea a norma dell'articolo 273 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Come ci ricorda Martines, lo Stato sociale, per come è stato configurato dall'ordinamento costituzionale, è "uno Stato che, pur conservando i tradizionali istituti giuridici della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata, non li considera più come un «mito» dal valore intangibile e ritiene necessario intervenire nel settore dei rapporti economici per coordinare l'attività economica ed indirizzarla al raggiungimento di un maggiore benessere comune"⁶. L'art. 41 della Costituzione è una delle norme sulle quali ha poggato nel tempo lo schema di "intervento" dello Stato nel settore dell'economia⁷. Tale norma definisce il rapporto fra iniziativa economica ed intervento dei poteri pubblici: il mutare di tale rapporto contribuisce a modificare quello dello Stato sociale⁸. Per comprendere quale sia attualmente il tipo di rapporto in atto occorre approfondire come tale rapporto si sia modificato in funzione dell'evoluzione del diritto dell'Unione europea e quali possano essere gli esiti sulla costituzione materiale di una riforma, diretta o "indiretta"⁹, dell'art. 41 Cost. in senso "concorrenziale" finalizzata a rimuovere ogni residuo ostacolo verso l'istituzione di un sistema ad economia regolata. La crescente integrazione tra i sistemi economici, per effetto, in particolare, dell'Unione monetaria, ha posto, e pone tuttora, l'esigenza di soluzioni di sviluppo unitarie e, al contempo, di individuare una strategia comune per quanto riguarda i sistemi di protezione sociale finalizzata a superare la dimensione nazionale delle forme di tutela¹⁰.

2. Il progetto di riforma costituzionale dell'art. 41 Cost. alla prova dell' "utilità sociale"

Il procedimento di revisione costituzionale dell'art. 41 Cost. si è interrotto, in Aula, alla Camera dei Deputati, il 19 ottobre 2011, all'esito della votazione dell'art. 1 del disegno di legge costituzionale C. 4144. Dai resoconti stenografici dei lavori d'aula si evince come la discussione si sia concentrata sul mantenimento, o meno, del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41.2 Cost. vigente nel testo in via di deliberazione. E tale aspetto è diventato talmente rilevante (o pretestuosamente tale) da far arenare l'esame del provvedimento proprio all'esito dell'approvazione di un emendamento presentato dal Governo¹¹, e approvato dall'Aula, che reintroduceva all'art. 1 del disegno di legge costituzionale il riferimento al limite dell'utilità sociale¹². Certamente, il dibattito in aula si

⁶ V., T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 136.

⁷ Le altre essendo, secondo Martines, gli articoli 43 e 44 Cost.

⁸ Come è ben evidenziato da M. Aragiusto, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, pp. 20-21.

⁹ Intendendosi per "indiretta" una forma tecnica "alternativa" al procedimento di revisione costituzionale che persegua la medesima finalità.

¹⁰ Cfr., G. Amato, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, in archivio.rivistaaic.it.

¹¹ Si tratta dell'emendamento 0.1.100.51 a modifica dell'emendamento 1.100 della Commissione.

¹² Il testo dell'art. 1 modificato dalla Commissione Affari costituzionali suona così: «L'iniziativa e le attività economiche private sono libere. È permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, che non può stabilire limitazioni all'iniziativa e alle attività economiche private se non quando necessario a tutelare i principi fondamentali della Costituzione, la sicurezza, la libertà, la dignità umana. La legge disciplina le attività economiche al fine di impedire la formazione di monopoli». Il testo dell'art. 1 del DDL

è al momento interrotto per ragioni estranee alla discussione del disegno di legge C. 4144, ma, non appare secondario a chi scrive che, in sede assembleare, grazie ad un emendamento presentato dal Governo stesso, si sia giunti ad un testo che riecheggia il vigente art. 41.2 Cost. eccetto che per l'introduzione di una riserva di legge a garanzia del limite della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

L'andamento del dibattito parlamentare e l'approvazione di un tal emendamento mostrano con tutta evidenza come la riforma dell'art. 41 Cost. non sia necessaria ai fini di un allineamento con il principio di tutela della concorrenza e della libertà di impresa¹³ nei termini previsti dall'ordinamento comunitario. E' stato ampiamente osservato in dottrina come la lungimiranza dei Costituenti nel redigere e, prima ancora, concepire una norma costituzionale così delicata per la sua intrinseca connessione con la forma di Stato, sia stata capace di garantire fino ad oggi, attraverso il fine dell' "utilità sociale", la sua adeguatezza costitutiva rispetto a sistemi economici di diversa natura. E anche ad ordinamenti di diversa natura come emerge da una nota a sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1963 redatta proprio da Claudio Rossano¹⁴. Scrive Rossano a proposito della infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 del d.l.lgt. 23 novembre 1944, n. 369 per la parte in cui mantiene in vigore le norme contenute negli accordi economici collettivi stipulati prima della soppressione dell'ordinamento corporativo: la questione è infondata in relazione all'art. 41 Cost. "perché non difetta di utilità sociale, essendo questa manifesta tanto nel momento in cui fu assicurata la sopravvivenza di norme corporative, per evitare una frattura immediata derivante dalla soppressione dell'ordinamento corporativo, che attualmente, col loro mantenimento in vigore fin quando non sia possibile adeguarle alle nuove esigenze in base agli strumenti normativi previsti dalla Costituzione"¹⁵.

L'introduzione in Costituzione del limite dell'utilità sociale, con la problematica ed incerta interpretazione giuridica che deriva dalla sua "irriducibile poliedricità"¹⁶, non sembra, dunque, equivalente ai principi fondamentali dell'ordinamento che la legge avrebbe il compito di garantire. Piuttosto, l' "utilità sociale" diventa il parametro giuridico attraverso il quale tali principi trovano trasposizione nelle fonti del diritto chiamate a regolare - ma

C. 4144 all'esito della discussione parlamentare diventa il seguente: «L'iniziativa e le attività economiche private sono libere. Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e la legge non può stabilire limitazioni all'iniziativa e alle attività economiche private se non quando necessario a tutelare la sicurezza, la libertà, la dignità umana. La legge disciplina le attività economiche nel rispetto del principio di libera concorrenza al fine di impedire la formazione di monopoli».

¹³ Il riferimento è all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli effetti prodotti dalla ratifica del Trattato di Lisbona ai sensi dell'art. 6.1 del TUE: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

¹⁴ Agli Studi in Suo onore è destinato il presente saggio.

¹⁵ V., C. Rossano, Riserva di legge ex art. 41 Cost. e accordi economici collettivi, in Rassegna di diritto pubblico, 1963, p. 679.

¹⁶ V., A. Baldassarre, Iniziativa economica privata [XXI, 1971], in Enciclopedia del diritto.

non a funzionalizzare - lo svolgimento dell'attività economica¹⁷. La tutela dell'utilità sociale non può che segnare la frontiera dell'iniziativa privata e stabilire, così, dove essa cessa di essere legittima. Lo Stato può spostare tale frontiera ma non varcarla¹⁸ a differenza di quanto accadeva, invece, negli ordinamenti corporativi¹⁹ o ad economia pianificata.

Come è stato efficacemente osservato, tale espressione richiama la generica idea di "bene comune"²⁰. Il bene comune, come l'utilità sociale, essendo astrattamente universali, devono trovare una specificazione nella particolare intuizione di essi propria di ciascun ordinamento e, come tale, divenire espressione qualitativa della forma di Stato. Tale specificazione appartiene non soltanto al legislatore ma anche a quegli organi costituzionali che possono contribuire alla determinazione dell'indirizzo politico-costituzionale; ai privati nei limiti dell'autonomia negoziale loro riconosciuta²¹; e agli organi di natura giurisdizionale²².

Proprio per questa ragione, liquidare la riflessione sull'utilità sociale confinandola nella vicenda costituente come figlia di un compromesso culturale tra diverse concezioni ideologiche presenti in Assemblea o, ancora, svuotarla di contenuto giuridico rimettendola alla completa discrezionalità del legislatore²³, costituirebbe, a sommosso

¹⁷ Per un approfondimento sul livello compatibile di regolamentazione in un quadro giuridico convergente verso la libertà d'impresa si rinvia a A. Sitzia, D. Segà, Interventi. Le dimensioni della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza, in Dir. relaz. ind., 2011: "se è vero che l'Italia è il paese con il quadro istituzionale di gran lunga più avverso alla libertà d'impresa, in virtù di una eccessiva pressione fiscale e di molti vincoli amministrativi all'avvio e all'esercizio della libertà d'impresa, è difficile sostenere che la colpa sia della Costituzione".

¹⁸ Cfr., G. G. Balandi, Governance e diritto del lavoro, in Diritto e procedura civile, 2011.

¹⁹ Si v., M. Pomini, Quando la norma giuridica anticipa la riflessione economica: la Grande Depressione e la svolta corporativa degli economisti italiani, testo dattiloscritto dell'intervento tenuto alla settima conferenza annuale della Società italiana di diritto dell'economia, p. 14: "Lo scopo delle istituzioni corporative era proprio quello di ridurre l'incertezza nella vita economica attraverso una estesa attività di regolamentazione".

²⁰ V., F. Pizzolato, Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana, Milano, 1999, p. 188.

²¹ Cfr. per un approfondimento sul ruolo dell'autonomia negoziale nella determinazione dell'utilità sociale S. Mazzamuto, Libertà contrattuale e utilità sociale, in Europa e dir. priv., 2011: "L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale, che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega".

²² Si v., P. Pozzani, I parametri di determinazione delle tariffe amministrative. The boundaries of the A.E.E.G. authority competence, nota a T.A.R. Milano Lombardia, 22/03/2011, n. 765, sez. III, in Foro Amm. TAR, 2012: la nota delinea i poteri tariffari dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il Gas che sono legittimi se contenuti nei parametri dell'interesse economico generale, nel rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione; le fonti sono la normativa nazionale e comunitaria che consentono la retroattività solo in casi determinati in quanto va comunque tutelato l'affidamento degli operatori di settore.

²³ Si rinvia per un approfondimento sui rischi derivanti dall'indeterminatezza di formulazioni quali il richiamo alla legge, agli usi, etc.: G. Ghidini, La "correttezza professionale" (art. 2598, n. 3 cod. civ.) tra

avviso di chi scrive, il pretesto per una revisione della Carta costituzionale più ampia di quella che si vorrebbe far credere solo apparentemente circoscritta alla libertà di iniziativa economica.

3. La giurisprudenza costituzionale sull' "utilità sociale" e il principio di concorrenza

La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente delineato la sfera di operatività dell'utilità sociale²⁴.

In una prima fase, la Corte si è espressa sulla polivalenza ed elasticità della nozione di utilità sociale affermando che le ragioni ad essa riconducibili "non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore"²⁵, assumendo, in seguito, come "principio ripetutamente affermato" quello secondo il quale il giudizio in ordine "all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevanza di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo"²⁶.

La giurisprudenza costituzionale che segue conferma l'originario solco interpretativo precisando tuttavia che le esigenze di utilità sociale devono essere bilanciate con il principio di concorrenza²⁷, ribadendo la necessità che l'individuazione di tali esigenze "non appaia arbitraria" e che esse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue²⁸, assumendo rilievo in tale valutazione anche il "carattere temporalmente limitato della disciplina" che le prevede²⁹.

Con riferimento al principio di concorrenza, la Corte osserva che "la libertà di concorrenza tra imprese ha ... una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi"³⁰. Per poi aggiungere che ... "diverso e ben distinto problema è quello riguardante l'idoneità della disciplina vigente nell'ordinamento giuridico italiano ad assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale a soddisfare così le esigenze della moderna vita economica.

In proposito, com'è noto, si sono susseguiti numerosi studi e progetti che generalmente muovono dalla insufficienza dell'attuale normativa e tendono ad una più incisiva e sostanziale tutela del mercato stesso. Ma l'auspicata regolamentazione - è appena il

due ordinamenti costituzionali, in Riv. dir. ind., 2011.

²⁴ Cfr. C. Pinelli, Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla 'utilità sociale', in www.centroriformastato.org.

²⁵ Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 46/1963, ove sono richiamate le sentenze n. 5 e n. 54 del 1962.

²⁶ V., [Sentenze Corte costituzionale n. 63/1991](#), [n. 388/1992](#) e [n. 446/1988](#).

²⁷ Cfr., [Sentenza n. 386/1996](#) e [Sentenza n. 241/1990](#).

²⁸ Cfr., [Sentenza n. 548/1990](#); nello stesso senso, Sentenze n. 152/2010 e n. 167/2009.

²⁹ Cfr., Sentenza n. 94/2009.

³⁰ V., Sentenza n. 223/1982.

caso di osservarlo - esula dai poteri della Corte e costituisce compito esclusivo del legislatore, a cui spetta disciplinare la materia con l'emanazione di un'opportuna normativa (cioè di una legislazione antimonopolio o antitrust)". Nella sentenza n. 241 del 1990, la Consulta ribadisce "la necessità di un'efficace normativa anticoncentrazione ... nel più vasto settore dell'attività economica" osservando che i vincoli introdotti dai commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost. "sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo". Il principio di concorrenza, seppure valore basilare del principio di libertà di iniziativa economica, non riceve comunque dall'ordinamento una protezione assoluta potendo essere limitato al fine di "consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti"³¹.

Ancora in una sentenza della Corte costituzionale del 1990, la n. 548, si osserva come "anche nei casi di regolazione *ex lege* di un'attività economica considerata quale pubblico servizio in ragione della sua diretta incidenza su bisogni o interessi della collettività, l'attività così regolata possa e debba essere considerata come espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione": la regolazione è diretta a realizzare "oltre ovviamente alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana - il cui rispetto è il limite insuperabile di ogni attività economica - un'utilità sociale". Ma, prosegue la sentenza della Corte sopra menzionata, "in tali casi l'individuazione da parte del legislatore dell'utilità sociale può sostanziarsi di valutazioni attinenti alla situazione del mercato anche per quel che concerne fenomeni di concentrazione o no delle imprese ...", e "può dar luogo a interventi legislativi tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative delle imprese" sempreché "l'individuazione dell'utilità sociale ... non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, ... e in ogni caso, che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative".

Nelle sentenze della Corte costituzionale n. 439 del 1991, prima, e n. 190 del 2001, poi, viene affinata la tecnica interpretativa con la quale si determina il discrimine tra la regolazione di un'attività economica ai fini della tutela del principio di concorrenza e l'introduzione di limiti alla libertà di iniziativa economica per il perseguimento dell'utilità sociale. In quegli anni, l'apprezzamento dell'utilità sociale non è rimesso solo al monopolio del legislatore ma anche a quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la parte che le spetta per legge³². Nella storia repubblicana precedente all'istituzione di un'apposita autorità amministrativa posta a tutela e garanzia della

³¹ V., Sentenza n. 279/2006; Ordinanza n. 162/2009.

³² V., C. Pinelli, Attualità dell'art. 41 Cost., op.cit.

concorrenza e del mercato, i limiti alla libertà di iniziativa economica privata sono relativi ad un sistema di diritti nel quale si riassume l'economia mista come sistema economico alla base dello Stato sociale e assistenziale. Nella fase successiva all'entrata in vigore della legge n. 287/90 e, con ancor più evidenza, all'esito della riforma degli artt. 117 e 118 del Titolo V della Costituzione, con l'introduzione, da un lato, tra le materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato, della tutela della concorrenza, e, dall'altro, del principio di sussidiarietà, la limitazione dell'iniziativa economica appare più strettamente legata alla promozione della concorrenza come strumento di utilità sociale nel quadro di un sistema economico di mercato. In particolare, nella sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004, la Corte prende atto che "dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza"³³.

Si consideri, però, che, nel diritto dell'Unione europea, con il Trattato di Lisbona³⁴, la concorrenza è stata "declassata da valore a strumento"³⁵ e il principio della tutela della concorrenza a principio costituzionale³⁶. La concorrenza è strumentale alla realizzazione del benessere sociale attraverso il perseguimento di valori economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.) ma anche extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, etc.). In caso di contrasto, questi valori sono destinati a prevalere sulla tutela della concorrenza. Vi sono molti interessi e valori che non trovano realizzazione in un sistema concorrenziale e la cui garanzia esige, anzi, che essi vengano protetti dal gioco concorrenziale³⁷. E, d'altronde, attraverso la continuità della libertà di iniziativa economica con l'utilità sociale viene consentita una regolazione strumentale a garantire la tutela di interessi anche diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato³⁸ e finalizzati all'eliminazione delle disuguaglianze di fatto additate, appunto, all'art. 3 Cost.

Da ultimo la Corte, nella sentenza n. 270 del 22 luglio 2010, nel ricostruire in modo dettagliato la giurisprudenza costituzionale sulla "clausola generale" dell'utilità sociale, ammette di "aver affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di

³³ Ma v., anche Sentenze n. 272/2004; n. 134/2005; n. 336/2005; n. 29/2006; n. 401/2007.

³⁴ V., art. 3 TFUE.

³⁵ V., G. Vettori, Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi, in Europa e dir. priv., 2011.

³⁶ Cfr., M. Libertini, I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "Decreto Alitalia", in Giur. cost., 2010.

³⁷ V., A. Argentati, Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati, Torino, 2008, p. 148.

³⁸ Cfr., Sentenza n. 270/2010 (v., infra).

rango costituzionale, individuati nell'[art. 41, secondo e terzo comma, Cost.](#), che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza". La sentenza in parola viene pronunciata a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata per la deroga legislativa concessa ad imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e sottoposte ad amministrazione ordinaria in relazione al procedimento di controllo da attuarsi da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ed è di particolare interesse ai nostri fini laddove contempera il bilanciamento di una molteplicità di interessi con una scelta "caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale"³⁹. Viene spontaneo chiedersi se in presenza di una modifica dell'art. 41 Cost. che non prevedesse il limite dell' "utilità sociale", sarebbe stato possibile garantire la continuità aziendale di quelle imprese.

4. Riflessioni sulla necessità di una riforma costituzionale dell'art. 41 Cost.

Dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sui limiti all'iniziativa economica privata emergono dei dubbi sulla necessità di una riforma dell'art. 41 Cost.

Il tema non è nuovo alla dottrina. Come noto, già negli anni immediatamente successivi al Trattato di Maastricht, per opera di Natalino Irti⁴⁰, si apre un ampio dibattito sull'evoluzione interpretativa dell'art. 41 Cost.⁴¹ e, contestualmente, sulla compatibilità dei "programmi e controlli" previsti al terzo comma con i principi dell'economia sociale di mercato⁴². Tuttavia, all'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina sulle problematiche costituzionali inerenti le limitazioni della sovranità statale in materia economica per effetto dei trattati comunitari, non si avverte nel dibattito parlamentare una altrettanto sentita esigenza di procedere ad una revisione dell'art. 41 Cost. I progetti di legge presentati sin dalla XI Legislatura non saranno nella maggior parte dei casi neanche oggetto di esame in sede referente presso la Commissione Affari costituzionali. Dall'esame della banca dati dei progetti di legge di natura costituzionale presentati dalla XI Legislatura in poi si trovano tredici progetti⁴³ in materia di riforma dell'art. 41 Cost.⁴⁴.

³⁹ Cfr., M. Libertini, I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza, op.cit.

⁴⁰ Il riferimento è ovviamente a N. Irti, L'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, 1998. In particolare si rinvia alle pp. 93 e ss.

⁴¹ Si v., per tutti, AA.VV., Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, 1999.

⁴² Cfr. F. Merusi, Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), Mercati e amministrazioni indipendenti, Milano, 1993, pp. 159-161.

⁴³ Escluso il disegno di legge costituzionale C. 4144 di iniziativa del Governo Berlusconi IV.

⁴⁴ Nella XI Legislatura, due sono i progetti di legge presentati per iniziativa dell'On. Carlo Tassi (MS-DN): si tratta del C. 2759, Modifica all'art. 41 Costituzione e il C. 3204, Modifica dell' articolo 41 della Costituzione in materia di affidamento a terzi di lavori da parte degli uffici pubblici; nella XIII Legislatura, viene presentato da parte dell'On. Gian Paolo Landi di Chiavenna (AN) un progetto di legge: C. 3973, Modifiche agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione; nella XIV Legislatura, viene presentato ancora un progetto di legge costituzionale (C. 572) da parte dell'On. Landi di Chiavenna e uno (C. 2571) dall'On. Marcello Pacini, Modifiche all'art. 41 Cost. in materia di riconoscimento e tutela dell'impresa; nella XV Legislatura, il C.2432, On. Marco Boato (Verdi), Modifiche agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione, in

sette progetti nelle Legislature dalla XI alla XV e sei nell'attuale Legislature. Se si esclude il progetto di legge costituzionale presentato nella XV Legislature dall'On. Boato e quello dell'On. Mantini nella XVI Legislature, tutti gli altri progetti sono d'iniziativa parlamentare di esponenti di gruppi parlamentari appartenenti al centrodestra.

Nella XIII Legislature, la I Commissione Affari costituzionali della Camera attiva un' "indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione". In una delle due audizioni effettuate⁴⁵, Giuseppe Guarino ricorda che "quando si fanno delle norme, soprattutto di carattere costituzionale, bisogna essere in grado di antivedere quale sarà il modo al quale potranno reagire alle varie modificazioni della costituzione materiale"; per poi sottolineare la lungimiranza dei Costituenti che, accettando le contrapposizioni ideologiche esistenti al loro interno, danno vita ad una disciplina costituzionale dei rapporti economici elastica ed aperta. Tale disciplina si è dimostrata in grado di governare processi economici molto diversi tra loro e raggruppabili, secondo Guarino, in tre fasi di natura omogenea: una prima fase, di applicazione "liberista", nei confronti dell'esterno, fino al 1960; una seconda di "amministrativizzazione" dal 1960 al 1990⁴⁶; e, infine, una terza fase che ha inizio nel 1990 e che è definita come "liberista di mercato". Nonostante queste trasformazioni, osserva Guarino, l'articolo 41 Cost. è rimasto identico ma ha cambiato contenuto perché è cambiata la Costituzione materiale⁴⁷ per effetto, in particolare, dei trattati comunitari. Se si condivide questa analisi di Guarino è evidente che una revisione formale dell'art. 41 Cost. avrebbe una ricaduta sulle norme

materia di iniziativa economica, espropriazione per pubblica utilità e riserva dell'esercizio di imprese di preminente interesse generale; e, infine, nella vigente Legislature ben sei, oltre al ddl del Governo già menzionato, sono i progetti di legge costituzionali in materia: C.3039, On. Raffaello Vignali (PdL) e altri, Modifiche all'articolo 41 della Costituzione, concernente l'iniziativa economica privata; C.3054, On. Raffaello Vignali (PdL) e altri, Modifiche agli articoli 41, 45, 47 e 53 della Costituzione, in materia di iniziativa economica privata e di prelievo fiscale; S.2269, Sen. Luigi Compagna (PdL) e altri, Modifiche all'articolo 41 della Costituzione, in materia di esercizio dell'attività economica e di tutela del consumatore; C.3967, On. Marco Beltrandi (PD) e altri, Modifica dell'articolo 41 della Costituzione, concernente la libertà d'iniziativa economica e il principio della concorrenza; C.4328, On. Pierluigi Mantini (UdCpTP) e altri, Modifiche agli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione, concernenti la libertà dell'attività economica privata e l'esercizio delle pubbliche funzioni dello Stato, delle regioni e degli enti locali e, infine, C.4472, On. Gaetano Nasti (PdL), Modifica degli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione, in materia di iniziativa economica privata e di disciplina della proprietà.

⁴⁵ Si tratta delle sedute del 21 aprile 1999 e del 12 maggio 1999 nelle quali sono stati auditi, rispettivamente, i Professori Guarino, Caravita, Baldassarre e i Professori Luciani e Rodotà.

⁴⁶ In questa sede non si dà conto dell'ampia dottrina in materia: su tutti, per la lucida attualità del suo commento all'art. 41 Cost. si rinvia a F. Galgano, Rapporti economici. Tomo II, Art. 41 Costituzione, in G. Branca (a cura di), Commentario della Costituzione, Roma, 1982, pp. 8 e ss.

⁴⁷ Cfr. Camera dei Deputati, Resoconto stenografico della I Commissione, seduta del 21 aprile 1999, p. 7: "Gli articoli 41, 42 e 43, naturalmente, sono il punto nevralgico del rapporto tra diritto ed economia, quindi costituiscono il gruppetto di articoli sul quale la dinamicità del sistema materiale e l'interazione con il sistema materiale sono più forti che per qualsiasi altro articolo della Costituzione".

della Costituzione materiale. Verso quale assetto della disciplina costituzionale dei rapporti economici? E, quindi, per quale ragione ontologica?

Una possibile risposta può essere individuata nella Relazione illustrativa al disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa già menzionato in apertura di questo scritto⁴⁸ laddove, sulla base di un'opinione diffusa in dottrina, si ritiene necessario "eliminare le incertezze e le contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41"⁴⁹ allo scopo di "ridurre la capacità dirigistica dello Stato nell'economia per favorire l'avvento di condizioni giuridico-istituzionali adeguate alla struttura di un mercato moderno ed efficace"⁵⁰. Ma tale risposta, così formulata, non esaurirebbe la nostra ricerca perché parrebbe basata su motivazioni di ordine ideologico prima ancora che costituzionale.

Al costituzionalista sgombro da convincimenti ideologici e da preconcetti non rimane allora che verificare come il legislatore voglia riformare l'art. 41 Cost. vigente nell'arduo tentativo di individuare quali potrebbero essere gli effetti sotto il piano giuridico ed istituzionale potenzialmente perseguiti dalla riforma costituzionale proposta. E verificare se si tratti di una riforma volta a neutralizzare i residui ostacoli interpretativi dell'art. 41 Cost. ai fini di una sua mera acquiescenza ai principi della "costituzione economica europea". Se anche dalla verifica risultasse plausibile questo orientamento rimarrebbe comunque il dubbio sulle ragioni di una riforma dell'art. 41 Cost. per l'interpretazione che ampia parte della dottrina ha fornito degli effetti del diritto comunitario sugli ordinamenti giuridici statuali. In assenza di una Costituzione europea, è condivisa la tesi secondo la quale l'Unione europea avrebbe già una costituzione economica a prescindere dai processi andati disattesi di una sua formalizzazione nella costituzione europea⁵¹. Per affermare che "non è necessario che l'Europa si faccia Stato perché moneta unica e patto di stabilità trasformino in modo irreversibile le costituzioni nazionali"⁵². E questo è ancora più evidente oggi, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona e l'adesione al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria.

Tuttavia, il compito non si esaurirebbe perché avremmo risposto negativamente alla necessità di una riforma costituzionale ma non avremmo al contempo chiarito quali

⁴⁸ Si tratta del DDL A.C. 4144 presentato in data 7 marzo 2011 per iniziativa del Presidente del Consiglio Berlusconi e dei Ministri per il federalismo, dell'economia e delle finanze, per la semplificazione normativa, dello sviluppo economico, per la pubblica amministrazione e l'innovazione, della giustizia e per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale recante "Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione".

⁴⁹ Si veda la Relazione illustrativa del DDL A.C. 4144, p. 2.

⁵⁰ Si veda la Relazione illustrativa del DDL A.C. 4144, p. 2.

⁵¹ Cfr. G. Di Plinio, La costituzione economica europea e il progetto di Trattato costituzionale, testo dattiloscritto; I. Pernice, F.C. Mayer, La Costituzione integrata dell'Europa, in G. Zagrebelsky (a cura di), Diritti e Costituzione nell'Unione europea, Roma, , 2003, pp. 43 e ss.

⁵² V., G. Di Plinio, op. cit.

possano essere le residue resistenze della Costituzione materiale⁵³ ad una completa conformazione dell'assetto istituzionale ai principi e agli obiettivi definiti nei trattati comunitari.

5. La legislazione attuativa dell'art. 41 Cost.: dalla legge di programmazione alla delegificazione

La duttilità dell'art. 41 Cost., già emersa dall'esame della giurisprudenza costituzionale e della dottrina, trova ovviamente conferma anche nelle fonti attuative di natura legislativa. Cronologicamente, la prima norma attuativa dell'art. 41 Cost. si trova nella legge di approvazione della programmazione nazionale 1966 - 70⁵⁴. L'art. 38 di tale legge di programmazione individua nella revisione della disciplina giuridica degli istituti che regolano lo sviluppo dell'attività economica pubblica e privata la trasformazione degli ordinamenti economici e sociali che discende dal precetto dell'articolo 41 della Costituzione⁵⁵.

Per ritrovare un riferimento esplicito all'art. 41 della Costituzione in un provvedimento di natura legislativa occorre attendere la legge per la tutela della concorrenza e del mercato⁵⁶ dove, all'art. 1, si stabilisce che le disposizioni normative sono introdotte in attuazione dell'articolo 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica e si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ordinamento comunitario.

Il richiamo all'articolo 41 Cost. lo si trova di nuovo all'art. 2, rubricato "Libertà di impresa e libertà di circolazione delle merci", della "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio"⁵⁷ in cui si sancisce che "l'attività commerciale si fonda sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 Cost. ed è esercitata nel rispetto dei principi contenuti" nella normativa posta a tutela della concorrenza. Ancora, nella legge che disciplina l'attività di trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente inquadrandola nella "sfera della libertà di iniziativa economica ... cui possono essere imposti esclusivamente vincoli per esigenze di carattere sociale o prescrizioni finalizzate alla tutela della concorrenza secondo quanto previsto dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287"⁵⁸.

⁵³ Si v., per una approfondita del concetto di Costituzione materiale, G. Bognetti, Costantino Mortati e la scienza del diritto, in Quaderni costituzionali, 2011, pp. 803-893.

⁵⁴ Cfr., L. n. 685/67. Per un approfondimento è d'obbligo rinviare a A. Predieri, Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici, in A. Predieri, P. Barucci, M.A. Bartoli, G. Gioli, Il programma economico 1966-1970: Legge 27 luglio 1967 n. 685, Milano, 1967, pp. 3 e ss.

⁵⁵ Tale Legge è stata abrogata dall'[articolo 1 del D.Lgs. 13 dicembre 2010, n. 212](#).

⁵⁶ Come noto, la L. n. 287/90.

⁵⁷ DLgs n. 114/98.

⁵⁸ E il secondo comma dell'art. 1, L. n. 218/03 precisa: "La presente legge stabilisce i principi e le norme generali a tutela della concorrenza nell'ambito dell'attività di trasporto effettuata mediante servizi di noleggio di autobus con conducente, nel rispetto dei principi e dei contenuti normativi fissati dall'ordinamento comunitario".

Alla disciplina del noleggio di autobus con conducente segue la normativa relativa all'attività di acconciatore⁵⁹: in particolare, all'art. 1.2, premesso l'ambito di esercizio di detta attività nella sfera della libertà di iniziativa economica, il legislatore sottolinea tra gli obiettivi della normativa "la parità di condizioni di accesso delle imprese del settore al mercato, nonché la tutela dei consumatori".

E' ancora in una legge di disciplina di un'attività professionale, di tintolavanderia⁶⁰, che si trova il riferimento alla libertà di iniziativa economica privata nella medesima forma utilizzata per l'attività di acconciatore ma richiamando i limiti previsti dal terzo comma dell'art. 41 Cost.

I riferimenti alle limitazioni "sociali" non compaiono invece nell'art. 38 della c.d. "finanziaria triennale" del 2008⁶¹ recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria: al primo comma si fa riferimento al "diritto di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione" individuando le garanzie attuative di tale diritto, "per il soggetto in possesso dei requisiti di legge", sin dal momento in cui viene presentata la dichiarazione di inizio attività o dal momento della richiesta del titolo autorizzatorio.

Quindi, troviamo un richiamo diretto all'art. 41 Cost. nel provvedimento normativo recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo (c.d. Manovra bis)⁶². In realtà, con l'art. 3 di tale provvedimento legislativo si richiama la disposizione inserita nel disegno di legge di riforma costituzionale dello stesso art. 41 Cost. disponendo che l'ordinamento repubblicano si adegui⁶³ al principio in base al quale "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"⁶⁴ individuando tassativamente i casi di legittimità di detto principio. Tali casi sono "limitati" alla previsione di vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; di norme in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; di norme che possono arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e siano in contrasto con l'utilità sociale; di disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; nonché di disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici⁶⁵ ovvero che comunque comportino effetti sulla finanza pubblica. In ogni caso, il legislatore, facendo

⁵⁹ V., L. n. 174/05.

⁶⁰ V., L. n. 84/06.

⁶¹ V., DL n. 112/08.

⁶² V., DL n. 138/11.

⁶³ Entro e non oltre il 30 settembre 2012.

⁶⁴ Come è stato osservato, la norma, che ripropone quella dell'art. 1 del DDL C. 4144, riproduce a sua volta l'art. V della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789: "«Tout ce qui n'est pas de'fendu par la loi ne peut e'tre empe'che', et nul ne peut e'tre contraint a' faire ce qu'ellen'ordonne pas».

⁶⁵ Ai sensi, tra l'altro, del DLgs. n. 496/1948 e della L. n. 528/1982.

ricorso ad una tecnica normativa inusuale, al comma terzo della norma in esame “sopprime” le disposizioni normative statali incompatibili con il principio sancito al primo comma, “con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio attività e dell’autocertificazione con controlli successivi”⁶⁶. E prevedendo, in alternativa⁶⁷, la possibilità di utilizzare “gli strumenti vigenti di semplificazione normativa”.

Successivamente, il richiamo all’art. 41 della Carta lo si ritrova anche all’art. 1 della L. n. 180/11⁶⁸, normativa con la quale il legislatore definisce lo “statuto delle imprese e dell’imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d’impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione”. Nel secondo comma di detto articolo, utilizzando una soluzione di tecnica legislativa ricorrente con la quale si approvano leggi le cui disposizioni di apertura contengono l’enunciazione di principi che si vuole abbiano guidato la mano del legislatore, si qualificano tali principi come “norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica e principi dell’ordinamento giuridico dello Stato” aventi “lo scopo di garantire la piena applicazione della comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2008⁶⁹ recante «Una corsia preferenziale per la piccola impresa - Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)», e la coerenza delle normative adottate dallo Stato e dalle regioni con i provvedimenti dell’Unione europea in materia di concreta applicazione della medesima”⁷⁰. Tuttavia, occorre osservare, come suggerisce risalente e autorevole dottrina⁷¹, i principi così enunciati raramente si possono definire principi dell’ordinamento giuridico dello Stato ma, piuttosto, principi di legislazione settoriale, fondamentali rispetto alla disciplina dei rapporti regolati e normalmente adottati dal legislatore in vista dell’individuazione dei limiti della c.d. potestà legislativa regionale di natura concorrente come avviene, anche in questo caso, al quarto comma dell’art. 1 della Legge n. 180/11. Si osservi, inoltre, il richiamo del legislatore ad una comunicazione della Commissione europea che, come noto, è un atto unilaterale, atipico, non previsto dai trattati, ad efficacia giuridica non vincolante, attraverso il quale la Commissione presenta di solito i propri programmi politici. L’art. 1, al comma quinto⁷², recepisce le indicazioni della Commissione, in particolare, alla lett. h) dove si individua tra le finalità della normativa sulla libertà d’impresa e lo statuto dell’imprenditore quella di “adeguare l’intervento pubblico e l’attività della pubblica amministrazione alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese nei limiti delle risorse umane, strumentali

⁶⁶ La “soppressione” è a far data del 30 settembre 2012: v., art. 3, DL n. 138/11.

⁶⁷ Vale a dire fino al 31 dicembre 2012: v., ancora art. 3, DL n. 138/11.

⁶⁸ V., L. 11 novembre 2011, n. 180.

⁶⁹ V., COM(2008) 394 definitivo.

⁷⁰ V., art. 1.2, L. n. 180/11.

⁷¹ Cfr., S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, [XXXV, 1986], §11, in *Enciclopedia del Diritto*.

⁷² Ovviamente della L. n. 180/11.

e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

E, sulla scia di questo obiettivo, l'esame della legislazione attuativa dell'art. 41 Cost., ci conduce per ultimo, al recentissimo provvedimento legislativo c.d. “crescitalia”⁷³, che, all'art. 1⁷⁴, introduce una serie di norme con l'obiettivo di favorire la liberalizzazione delle attività economiche e di ridurre gli oneri amministrativi sulle imprese. Proprio l'art. 1 di detto provvedimento esordisce richiamando l'art. 3 del DL 138/11 sopra ricordato per l'individuazione delle norme che “in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea” possano essere abrogate da regolamenti governativi di delegificazione.

Tali regolamenti individuano “le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione” e disciplinano “i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che ... vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi”⁷⁵. L'emanazione di tali regolamenti, inoltre, deve avvenire nel rispetto dei commi primo e secondo dell'art. 1 del provvedimento c.d. “crescitalia” e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti all'art. 34 del provvedimento legislativo c.d. “salva-italia”⁷⁶. Nel comma primo dell'art.1 del provvedimento c.d. “crescitalia” vengono individuate due tipologie di norme abrogabili: le une relative a norme a carattere prevalentemente amministrativo relative all'esercizio di poteri di natura autorizzativa (autorizzazioni, licenze, nulla osta) quando non “giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità” individuate dal legislatore come disincentivanti l'avvio di un'attività economica; le altre, invece, riferite a norme che conferiscono poteri di natura ordinativa (divieti, restrizioni) “non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite” e a disposizioni normative concernenti “la pianificazione e la programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate” che di fatto, per il legislatore, limitano l'accesso al mercato, l'innovazione in termini di prodotti ed imprese nonché la più ampia concorrenza tra gli operatori dello stesso. Nel comma secondo dello stesso articolo, il legislatore si sofferma ulteriormente sulle disposizioni recanti “divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche”

⁷³ V., DL n. 1/12 recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” convertito nella Legge n. 27/12.

⁷⁴ Del Capo I che introduce “Norme generali sulle liberalizzazioni”.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 1.3 del DL n. 1/12 devono essere adottati entro il 31 dicembre 2012.

⁷⁶ V., DL 201/11 convertito con modifiche nella Legge n. 214/11 recante “Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici”.

precisando che devono essere “interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale” con riferimento ai “principi costituzionali”. Il riferirsi del legislatore al plurale, parrebbe indicare non soltanto, ovviamente, il principio sancito dall’art. 41 Cost. della libertà d’iniziativa economica privata ma anche quello indirettamente sancito dall’ordinamento costituzionale all’art. 117.2 lett. e) laddove, tra le materie oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato, è individuata la tutela della concorrenza nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario (art. 117.1 Cost.). Pare così spiegabile perché il legislatore statale “ordinario”, nel rinviare ai principi costituzionali, puntualizzi, tuttavia, che l’iniziativa economica privata è libera “secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri”. Inoltre, nel far riferimento implicitamente alla riserva di legge relativa del terzo comma dell’art. 41 Cost., per riproporne parzialmente il testo laddove richiama “i programmi e i controlli” - anche se definendoli “necessari” (e non “opportuni”) - il legislatore ordinario, sempre all’art. 1, comma secondo, del c.d. provvedimento “crescitalia”, introduce espressamente, qualificandoli di fatto come “fini sociali” (ex art. 41.3 Cost.), la tutela di una pluralità circoscritta di interessi generali e, per questa ragione, resistenti rispetto all’abrogabilità delle norme oggetto del provvedimento sopra menzionato. Si tratta di tutele nei confronti di possibili danni alla salute, all’ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità. E di interessi che non devono contrastare con l’utilità sociale, con l’ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari e internazionali della Repubblica ricalcando quasi per intero la norma inserita all’art. 1 del DL 138/11.

Ma il richiamo a tali principi e agli inerenti diritti costituzionali avviene sulla stratificazione normativa creata dall’art. 1 del DL n. 1/12 che rinvia al primo comma, alle disposizioni dell’art. 3 del provvedimento c.d. “Manovra-bis” e al terzo comma, all’art. 34 provvedimento c.d. “Salva-Italia”. Se sono note le ragioni emergenziali per l’uso ripetuto della decretazione d’urgenza in un periodo di tempo così ravvicinato, meno comprensibile è l’esigenza di richiamare, in una stessa norma, disposizioni tra loro quasi completamente sovrappontesi e difficilmente districabili. Parzialmente non sovrapposte, dicevamo, perché il provvedimento approvato per ultimo, il DL n. 1/12, sottrae espressamente alcune attività economiche al procedimento di delegificazione. In particolare, il provvedimento in esame esclude dall’ambito applicativo le norme relative ai servizi di trasporto pubblico di persone e cose non di linea, ai servizi finanziari, inclusi i servizi bancari e nel settore del credito, i servizi assicurativi e di riassicurazione, il servizio pensionistico professionale e individuale, la negoziazione dei titoli, la gestione dei fondi, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti⁷⁷;

⁷⁷ L’art.4 del DLgs n.59/10 recante “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno” specifica al secondo comma che le disposizioni del decreto non si applicano in particolare alle seguenti attività ammesse al mutuo riconoscimento: raccolta di depositi o di altri fondi con obbligo di restituzione; operazioni di prestito (compreso in particolare il credito al consumo, il credito con garanzia

inoltre, sono esclusi i servizi e le reti di comunicazione come definiti all'art. 1 del Codice delle comunicazioni elettroniche⁷⁸; e, infine, le attività specificamente sottoposte alla regolazione e alla vigilanza di un'apposita autorità indipendente.

Tutte le attività economiche non escluse dall'art. 1, comma quinto, del DL n. 1/12, potranno quindi essere oggetto dell'intervento del Governo e, nel rispetto delle proprie competenze, delle Regioni e degli enti locali. L'esame del documento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato recante proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza⁷⁹ è d'aiuto nel tentare di individuare i settori che potrebbero essere oggetto delle misure abrogative, eccetto evidentemente quelli già menzionati, esentati dalla stessa normativa, e quelli indirettamente considerabili esentabili per la previsione, nel provvedimento in esame, di interventi di modifica della disciplina vigente in materia di servizi professionali⁸⁰, di energia⁸¹, di servizi pubblici locali⁸², di trasporti⁸³, di liberalizzazione del sistema di vendita della stampa quotidiana e delle infrastrutture. Certamente, come ricorda il comma terzo dell'art. 1 del DL n. 1/12, sarà il Governo a dover determinare, in una sua relazione da sottoporre all'approvazione delle Camere, "periodi e ambiti di intervento degli atti regolamentari". E solo all'esito di questo adempimento, il Governo potrà adottare regolamenti di delegificazione ai fini dell'individuazione delle attività "per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione", disciplinando "i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di

ipotecaria, il factoring, le cessioni di credito pro soluto e pro solvendo, il credito commerciale incluso il «forfaiting»); leasing finanziario; servizi di pagamento; emissione e gestione di mezzi di pagamento («travellers cheques», lettere di credito), nella misura in cui quest'attività non rientra nei servizi di pagamento; rilascio di garanzie e di impegni di firma; operazioni per proprio conto o per conto della clientela in: strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.); cambi; strumenti finanziari a termine e opzioni; contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse; valori mobiliari; partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi; consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese; servizi di intermediazione finanziaria del tipo «money broking»; gestione o consulenza nella gestione di patrimoni; custodia e amministrazione di valori mobiliari; servizi di informazione commerciale; locazione di cassette di sicurezza; altre attività che, in virtù delle misure di adattamento assunte dalle autorità comunitarie, sono aggiunte all'elenco di cui all'Allegato I della Direttiva 2006/48/CE. Ed inoltre, quando le disposizioni hanno ad oggetto valori mobiliari, strumenti del mercato monetario, quote di un oicr, contratti di varia tipologia relativi a derivati finanziari.

⁷⁸ V., Dlgs n. 259/03.

⁷⁹ V., AS901 del 5 gennaio 2012.

⁸⁰ Riguardanti le professioni regolamentate, le tariffe applicabili dagli ordini professionali, l'accesso alla titolarità delle farmacie e l'incremento del numero dei notai e la concorrenza nei distretti.

⁸¹ Relativamente alla riduzione del prezzo del gas naturale per i clienti vulnerabili, del costo di approvvigionamento di gas naturale per le imprese, alla liberalizzazione della distribuzione dei carburanti e alla concorrenza nel mercato dell'energia elettrica.

⁸² Per la promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali.

⁸³ Con l'introduzione di un'autorità di regolazione indipendente.

legge e regolamentari dello Stato che ... vengono abrogate a decorrere dall'entrata in vigore dei decreti stessi", previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma da rendersi entro trenta giorni, pena il considerarlo rilasciato comunque positivo⁸⁴.

6. Alcune riflessioni conclusive

Lo strumento della delegificazione pone all'attenzione dell'interprete una serie di questioni sia di natura formale sia di natura sostanziale che la dottrina, in particolare di recente, si è trovata ad affrontare per l'uso sempre maggiore di questi strumenti normativi. Tra le questioni di natura formale non si possono disattendere intanto quelle formulate inizialmente in dottrina sulla legittimità dei regolamenti di delegificazione autorizzati per mezzo di decreto-legge⁸⁵. Si consideri, in proposito, che il requisito costituzionale dei casi di straordinarietà e di urgenza dovrebbe garantire l'immediata attuazione dei contenuti dei decreti-legge⁸⁶. Se, altrimenti, non paia convincente fondare questa obiezione sul tenore letterale della disposizione istitutiva dei regolamenti di delegificazione, ai sensi dell'art. 17.2 della L. n. 400/88, in cui si specifica che l'esercizio della potestà legislativa del Governo è autorizzato soltanto attraverso le "leggi della Repubblica"⁸⁷, rimane comunque una qualche perplessità, nel caso in questione, sulla sostanza della delega promossa *ab origine* all'interno di una manovra finanziaria adottata d'urgenza. Le perplessità derivano dal fatto che con un decreto-legge, dal non troppo vago respiro costituzionale stante il tenore delle disposizioni ivi contenute, si voglia procedere ad una delegificazione "in attesa della revisione dell'art. 41 della Costituzione", alinea poi modificato⁸⁸. Non solo verrebbe a mancare l'alterità tra Parlamento e Governo, per il fatto che l'Esecutivo autorizza sé stesso nell'esercizio di una potestà legislativa di delegificazione, ma tale autorizzazione si realizzerebbe sulla base di un principio, introdotto, peraltro con legge, incompatibile con l'interpretazione del primo comma dell'art. 41 Cost. attualmente vigente. I Costituenti, infatti, non hanno voluto vincolare l'iniziativa economica sin dal suo momento preliminare e, per questa ragione, non hanno conferito alla legge il potere di togliere ai singoli, almeno completamente, la possibilità di una libera scelta iniziale⁸⁹.

Da ciò potrebbe arguirsi che il nodo della questione vada oltre quello della natura dell'atto legislativo autorizzativo del regolamento di delegificazione essendo incentrato

⁸⁴ Qualora tale parere non sia rilasciato entro 30 giorni dalla ricezione degli schemi di regolamento, si intende come rilasciato positivamente.

⁸⁵ Ma si v., G. Tarli Barbieri, Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia (alcune considerazioni a margine delle relazioni di Albanesi ed Arconzo) in www.gruppodipisa.org.

⁸⁶ V., art. 15.3 L. n. 400/88.

⁸⁷ Cfr. F. Cerrone, La delegificazione che viene dal decreto-legge, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2078 e ss.

⁸⁸ Dall'[articolo 1, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148](#), in sede di conversione e successivamente dall'[articolo 1, comma 4-bis, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1](#).

⁸⁹ Cfr., V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 290.

piuttosto sulla necessità di tutelare, direttamente o indirettamente, un diritto sostanziale⁹⁰. Si tratta allora di verificare se la previsione di cui all'art. 1 del DL n. 1/12, commi primo, secondo e terzo, possa garantire per la mancata tutela di un diritto sostanziale.

Se il *tandem* decreto-legge - regolamento governativo di delegificazione fosse stato utilizzato sull'onda dell'emergenza con la finalità di aggirare modi e tempi della procedura di revisione costituzionale, il rischio di trovarsi di fronte ad una mancata tutela di diritti sostanziali sarebbe inevitabile.

D'altronde, tra i motivi di stravolgimento del modello delineato dal legislatore con l'art. 17.2 della L. 400/88, oltre a quello di una precarizzazione delle norme interessate al procedimento di delegificazione per la possibilità che il Governo non proceda all'emanazione dei regolamenti attuativi nei tempi stabiliti dalla stessa fonte legislativa delegante, vi è quello della mancanza di consapevolezza degli effetti che le norme di delegificazione hanno sull'ordinamento.

Proprio quest'ultimo aspetto, anche in considerazione dell'impatto che può avere sulla costituzione materiale (v., supra), sembra il più rilevante da considerare nel caso di specie. L'art. 1 del DL n. 1/12 individua una serie di parametri normativi che riguardano trasversalmente tutto l'art. 41 Cost. Occorre chiedersi, allora, quali possano essere gli effetti prodotti dalle norme di delegificazione sui principi fondamentali, sui diritti civili e sociali tutelati dall'art. 41 Cost. E se tali fonti normative siano idonee all'uso loro richiesto. La discrezionalità dell'Esecutivo nel dare attuazione alle disposizioni contenute nei commi primo, secondo e terzo dell'art. 1 del DL n. 1/12, seppur formalmente limitata, può essere controbilanciata dalla previa approvazione da parte delle Camere di una relazione del Governo concernente "periodi e ambiti di intervento degli atti regolamentari"? E dal parere obbligatorio pronunciabile entro trenta giorni dalla ricezione degli schemi di regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato?

Non sembra, a parere di chi scrive, che tali questioni possano essere relegate a questioni meramente procedurali, di secondaria importanza, se solo si consideri come la disciplina costituzionale della libertà di iniziativa economica privata e dei suoi limiti "sociali" sia "ascrivibile alla categoria dei principi identitari dello Stato repubblicano"⁹¹.

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Professore aggregato di Diritto pubblico e di Diritto dei mercati finanziari - Dipartimento di Diritto dell'economia - Università degli Studi di Firenze

⁹⁰ Cfr. A. Simoncini, La delegificazione nei decreti-legge: un'introduzione, in R. Zaccaria (a cura di), Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione, Brescia, 2011.

⁹¹ V., M. Bartolomei, Riflessioni ed esercizi di stile sulla "riscrittura" dell'articolo 41 della Costituzione, p. 394.